



ARBITRAJE, CONCILIACIÓN Y MEDIOS IMPUGNATORIOS EN EL PROYECTO DE MODIFICACIÓN A LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Daniel HENOSTROZA DE LA CRUZ^(*) 

SUMARIO

I. Consideraciones Generales; II. Modificaciones respecto de los medios impugnatorios en los procesos de selección; III. Modificaciones respecto de los mecanismos de solución de controversias entre el contratista y la entidad; IV. Palabras Finales

RESEÑA

“Como toda obra humana, no dudamos que la Ley de Contrataciones del Estado es perfectible, y que la práctica definitivamente nos da luces que permitirán su perfeccionamiento constante. Sin embargo, el proceso de modificación normativa requiere de un lapso de tiempo adecuado que permita aquilatar debidamente el impacto de las modificaciones que se plantean, optimizar su redacción, de modo que esta sea clara, suficiente y coherente con sus fines y objetivos. Nuestro propósito, con el presente ensayo, ha sido contribuir a ese objetivo.”

(*) Abogado. Arbitro de la Cámara de Comercio de Lima y del Colegio de Ingenieros del Perú. Curso de Formación de Arbitros del OSCE - CCL, Derecho Administrativo Económico - ESAN, Especialización en Concesiones y Derecho Administrativo.

COMENTARIO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Mediante Proyecto de Ley N° 274/2011-PE (presentado el 30 de Setiembre de 2011), el Poder Ejecutivo ha sometido a consideración del Congreso de la República un conjunto de modificaciones al Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado (en adelante: LCE)⁽¹⁾. El Proyecto plantea modificar 22 artículos de la Ley vigente (casi un tercio de su articulado), incidiendo en aspectos de suma importancia como el Ambito de aplicación de la Normativa de Contrataciones del Estado, Exoneraciones, Determinación del Valor Referencial, Garantías, Prestaciones Adicionales; entre otros⁽²⁾.

2. En este sentido, seguidamente nos centraremos en las modificaciones que se proponen respecto de los Medios Impugnatorios en los Procesos de Selección (Consultas y Observaciones a las Bases, Recurso de Apelación), y los Mecanismos de Solución de Controversias entre la Entidad y el Contratista (Conciliación y Arbitraje).

II. MODIFICACIONES RESPECTO DE LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS EN LOS PROCESOS DE SELECCION

II.1. MODIFICACIONES RESPECTO DE LAS CONSULTAS Y OBSERVACIONES A LAS BASES

1. Como se sabe, la vía idónea para impugnar el contenido de las Bases no es la presentación de los Recursos Administrativos de Reconsi-

deración y/o Apelación, pues las Bases de un Proceso de Selección no constituyen, en sentido estricto, un acto administrativo, ya que no resuelven la situación particular y concreta de un administrado.

2. Al respecto, el Art.1.1. de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante: LPAG), señala que **“son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”** (subrayado nuestro), y por ello JUAN CARLOS MORON URBINA considera que la **“característica del acto administrativo es que los efectos subjetivos que produce son concretos, de alcance individual, lo que los diferencia de los actos reglamentarios”**⁽³⁾.

3. En cambio, las Bases de un Proceso de Selección no resuelven la situación particular de un administrado, sino que tienen un contenido normativo, reglamentario, destinado a establecer las “reglas de juego” al que se sujetará determinado proceso de selección. Debido a ello, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ha señalado en la Resolución N° 234-2006/TC-SU, que: **“el ordenamiento vigente ha establecido un procedimiento especial a través del cual puedan ser cuestionadas las bases de un proceso de selección, en la medida que ellas hubiesen vulnerado la normativa aplicable. Este procedimiento tiene la particularidad de prescindir de la utilización**

(1) El texto completo del Proyecto y su Exposición de Motivos puede encontrarse en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf>.

(2) El Proyecto plantea puntualmente modificar los artículos 3°, 9°, 11°, 19°, 20°, 22°, 23°, 27°, 28°, 39°, 41°, 51°, 52°, 53°, 56°, 58°, 60°, 62°, 63°, 64°, 68°, 70° y Quinta Disposición Complementaria Final.

(3) MORON URBINA, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2001 (1° edición), Pág. 63.

de los recursos administrativos de apelación y revisión”. En este orden de ideas, el Art.28° del Decreto Legislativo N° 1017 (y sus normas antecesoras) ha establecido un sistema especial de impugnación mediante el cual los postores pueden formular CONSULTAS Y OBSERVACIONES A LAS BASES; precisando que: “a través de las consultas, se formulan pedidos de aclaración a las disposiciones de las Bases y mediante las observaciones se cuestionan las mismas en lo relativo al incumplimiento de las condiciones mínimas o de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección”.

4. En consecuencia, en el supuesto que el participante de un proceso de selección considere que las Bases de un Proceso de Selección son imprecisas, contradictorias, o contravienen la normativa de Contratación Estatal, debería formular las consultas u observaciones que considere pertinentes, pues conforme lo indica el Art.59° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF; en adelante: RLCE), “una vez absueltas todas las consultas y/u observaciones, o si las mismas no se han presentado, las Bases quedarán integradas como reglas definitivas y no podrán ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad”, pues como lo indica el Tribunal de Contrataciones del Estado, en la Resolución N° 197/99.TC-S2, “las bases una vez integradas, constituyen ley entre las partes (entidad y postor) de observancia obligatoria”.

5. En efecto, como indica ROBERTO DROMI, “cuando los pliegos⁽⁴⁾ incluyen cláusulas

ilegales o favorecen o excluyen determinados oferentes, o incluyen una marca sin razón técnica que lo avale, u otras irregularidades, las firmas oferentes deben alegarlo antes de la presentación de sus propuestas”, pues de no ser así, “la Administración no podrá entonces, modificar las condiciones que se tuvieron en cuenta al ofertar, ni siquiera a favor del adjudicatario, pues quebraría el Principio de Igualdad, perjudicando a los otros oferentes que no resultaron adjudicatarios”⁽⁵⁾ (subrayado nuestro). Por tanto, “la intangibilidad del acuerdo sobre la base de la propuesta seleccionada es la garantía insoslayable para que los oferentes no vean frustrado su derecho de participar en la licitación en igualdad de condiciones”⁽⁶⁾ (subrayado nuestro).

6. Es por ello que resulta de suma importancia contar con un procedimiento adecuado de consultas y observaciones a las Bases, que permita a los participantes contar con una garantía de que sus cuestionamientos serán resueltos de manera objetiva y arreglada a Derecho. En este sentido, el Art.28° de la LCE establece que en el supuesto que los participantes no estén de acuerdo con lo resuelto por el Comité Especial respecto de sus observaciones, podrán acudir a una segunda instancia, de acuerdo al siguiente detalle:

VALOR REFERENCIAL DEL PROCESO	ORGANO EN SEGUNDA INSTANCIA
Menos de 300 UIT (S./1'080,000.00)	Titular de la Entidad Convocante
Desde 300 UIT	OSCE

7. La disposición que asigna al Titular de la Entidad la competencia para resolver determinados cuestionamientos ha sido criticada desde la promulgación de la LCE vigente, pues se

(4) Es decir, las Bases.

(5) DROMI, ROBERTO, Licitación Pública, Segunda Edición Actualizada, pág.265-266.

(6) DROMI, ROBERTO, Licitación Pública, Segunda Edición Actualizada, pág.271

ha considerado que no garantiza, en todos los casos, la necesaria imparcialidad del pronunciamiento en segunda instancia. Es más, en el año 2010, OSCE realizó un estudio destinado a verificar si este cambio normativo había influido en el incremento de denuncias administrativas presentadas ante dicho Organismo, el cual concluyó que **“el incremento de las denuncias está relacionado con los topes hasta los cuales la Entidad puede resolver las observaciones e impugnaciones relacionadas con hechos que pudieron ser materia de observaciones a las Bases o impugnaciones”**⁽⁷⁾.

8. En este contexto, el Proyecto propone modificar el Art.28° de la LCE, en los siguientes términos:

“Los participantes podrán solicitar que las Bases y los actuados del proceso sean elevados para pronunciamiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado -OSCE, siempre que se cumpla con los supuestos de elevación establecidos en el Reglamento”.

9. Como se puede apreciar, el Proyecto elimina la alusión a los casos en que el Titular de la Entidad resolverá las impugnaciones a las observaciones de las Bases; dejando abierta la posibilidad de que, en vía reglamentaria se establezcan los supuestos de elevación al OSCE. En este sentido, es previsible que se derogue la competencia del Titular para resolver estas impugnaciones en segunda instancia, pues como señala el Proyecto, el objetivo de la modificación al Art.28° es **“suprimir los umbrales que establecen la competencia para que las Entidades emitan pronunciamientos sobre elevaciones a las Bases, siendo que dicha compe-**

tencia debe recaer únicamente en el OSCE, en las condiciones y supuestos establecidos en el Reglamento”⁽⁸⁾.

II.2. MODIFICACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE APELACION

1. El Art.53° de la LCE establece que en los Procesos de Selección no procede el recurso de reconsideración, sólo procede el Recurso de Apelación para impugnar todos los actos administrativos dictados desde la convocatoria hasta antes que se suscriba el Contrato respectivo; excepto las Bases (pues como ya hemos explicado, éstas son susceptibles de consultas y observaciones), su integración y las decisiones administrativas que aprueben exoneraciones de procesos de selección.

2. Al igual que en lo referido a las consultas y observaciones, la LCE establece topes cuantitativos para que el recurso de apelación sea resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado de OSCE, o por el Titular de la Entidad, conforme al siguiente detalle⁽⁹⁾:

VALOR REFERENCIAL DEL PROCESO	ORGANO EN SEGUNDA INSTANCIA
Hasta 600 UIT (S./2'160,000.00)	Titular de la Entidad Convocante
Mas de 600 UIT	Tribunal de Contrataciones del Estado

3. En este sentido, por las mismas razones que se eliminaría la competencia del Titular de la Entidad para resolver las impugnaciones a las observaciones a las Bases, el Proyecto propone restringir la competencia del Titular de la Entidad para

(7) Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 274/2011-PE, Numeral II.2.4.

(8) Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 274/2011-PE, Numeral II.2.4.

(9) De acuerdo con la Décimo Tercera Disposición Complementaria Final de la LCE, estos topes no son aplicables comprendidas en los procesos de selección en los que participen proveedores que provengan de países con los que la República del Perú tuviera vigente un tratado o compromiso internacional que incluya disposiciones sobre contrataciones públicas. En estos casos se aplicarán los criterios establecidos en dichas disposiciones.

resolver las apelaciones, únicamente a los casos de adjudicaciones de menor cuantía convocadas primigeniamente como tales. En efecto, el Proyecto señala en su Exposición de Motivos que “el hecho que sea la propia Entidad la que resuelva las controversias ha incrementado la percepción de direccionamiento en las contrataciones, lo que ha constituido un factor que desincentiva la presentación de propuestas (Estudio: Percepción de Barreras de acceso al mercado estatal). En esa medida, se requiere afianzar la predictibilidad e imparcialidad en la solución de controversias, generando una mayor confianza en el sistema que redunde en la mayor participación de proveedores”⁽¹⁰⁾. En consecuencia, la competencia para resolver las apelaciones quedaría distribuida de la siguiente forma:

PROCESO DE SELECCIÓN	ORGANO EN SEGUNDA INSTANCIA
Licitación Pública Concurso Público Adjudicación Directa Pública Procesos de Menor Cuantía, cuando deriven de procesos declarados desiertos	Tribunal de Contrataciones del Estado
Procesos de Menor Cuantía, que no deriven de procesos declarados desiertos	Titular de la Entidad Convocante

4. Es pertinente indicar que el texto de la modificación al Art.28° ha omitido mencionar a la Adjudicación Directa Selectiva⁽¹¹⁾. Sin embargo, de la Exposición de Motivos se infiere que el Proyecto propone que las impugnaciones derivadas de estos procesos también sean conocidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado, por lo que sería conveniente que se formule la precisión correspondiente.

III. MODIFICACIONES RESPECTO DE LOS MECANISMOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS ENTRE EL CONTRATISTA Y LA ENTIDAD

III.1. MODIFICACIONES RESPECTO DE LA CONCILIACION

1. El Artículo 52° de la LCE vigente señala que “las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes”. De esta forma, se deja abierta la posibilidad de que la Entidad, en el proyecto de contrato a suscribirse, contemple la conciliación como vía previa al inicio del arbitraje; o de lo contrario, omita este procedimiento y prevea el arbitraje como único mecanismo de solución de conflictos.

2. Sin embargo, el Proyecto plantea modificar este precepto, estableciendo la conciliación obligatoria; es decir, que antes que se inicie un arbitraje, la parte interesada deberá llevar a cabo un procedimiento de conciliación, disponiendo literalmente lo siguiente:

“Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación obligatoria en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia como paso previo a la solución vía el arbitraje.”(subrayado nuestro).

3. De la revisión de la Exposición de Motivos, no hemos encontrado cuál sería el fundamento de esta propuesta de modificación;

(10) Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 274/2011-PE, Numeral II.2.4.

(11) Decreto Legislativo N° 1017, Art.17°.- Adjudicación directa.- La adjudicación directa se aplica para las contrataciones que realice la Entidad, dentro de los márgenes que establece la Ley de Presupuesto del Sector Público. La adjudicación directa puede ser pública o selectiva. El Reglamento señalará la forma, requisitos y procedimiento en cada caso.

siendo pertinente indicar que en los procesos judiciales, la conciliación es una etapa que ha dejado de ser obligatoria. Tampoco hemos encontrado mayores precisiones respecto a la forma en la cual se llevaría a cabo el procedimiento de conciliación; por lo que, salvo las precisiones que pudiera establecer el RLCE, la conciliación se sujetará a lo previsto en la Ley N° 26872 y el Reglamento de dicha norma, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS. Ello se desprende del Art.52° de la LCE, que en una parte que no ha sido modificada por el Proyecto, señala que: **“los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente norma y su Reglamento”**.

4. En este sentido, la instauración de la Conciliación obligatoria generará un conjunto de consecuencias jurídicas que deberían ser tenidas en cuenta por Entidades y Contratistas, al momento de ejercer su defensa en dichos procedimientos. En primer lugar, la parte interesada en iniciar un arbitraje deberá plantear la totalidad de sus pretensiones en el procedimiento conciliatorio, pues de no hacerlo, las pretensiones que se planteen en un arbitraje y que no hayan transitado previamente por el procedimiento conciliatorio serían declaradas improcedentes, de conformidad a lo establecido en el Art.6° de la Ley N° 26872, que señala que: **“Si la parte**

demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la Audiencia respectiva ante un Centro de Conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, el Juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar”.

5. Asimismo, el procedimiento conciliatorio debería seguirse ante un centro de conciliación ubicado en el lugar del domicilio principal de la parte invitada, pues como lo indica el Art.13° de la Ley N° 26872, **“las partes pueden solicitar la Conciliación Extrajudicial en forma conjunta o individual, con arreglo a las reglas generales de competencia establecidas en el Artículo 14° del Código Procesal Civil”**⁽¹²⁾.

6. Adicionalmente, ambas partes deberán tener en cuenta que su inasistencia a la audiencia de conciliación generará los siguientes efectos jurídicos:

6.1. Si la parte invitada no asiste a la Audiencia de Conciliación, se generará la presunción legal relativa de verdad de los hechos expuestos en el Acta de Conciliación y reproducidos en la demanda. Si la parte que no asiste a la audiencia es el solicitante de la conciliación, la misma presunción se aplicará a favor del invitado que asista y exponga los hechos que fundamenten sus pretensiones para una probable reconvencción (Art.15° de la Ley N° 26872).

(12) Código Procesal Civil.-

Artículo 14°.- Reglas generales de la competencia.- Cuando se demanda a una persona natural, es competente el Juez del lugar de su domicilio, salvo disposición legal en contrario.

Si el demandado domicilia en varios lugares puede ser demandado en cualquiera de ellos. (...).

Artículo 27°.- Competencia del Estado.- Es Juez competente el del lugar donde tenga su sede la oficina o repartición del Gobierno Central, Regional, Departamental, Local o ente de derecho público que hubiera dado lugar al acto o hecho contra el que se reclama.

Cuando el conflicto de intereses tuviera su origen en una relación jurídica de derecho privado, se aplican las reglas generales de la competencia.

Las mismas reglas se aplican cuando la demanda se interpone contra órgano constitucional autónomo o contra funcionario público que hubiera actuado en uso de sus atribuciones o ejercicio de sus funciones.

6.2. Si la parte invitada desea plantear una reconvencción en el futuro arbitraje, deberá asistir a la Audiencia de Conciliación, firmar el acta respectiva y dejar constancia en ella de los hechos que servirán de sustento a su futura reconvencción (Art.15° y 16°, inciso g) de la Ley N° 26872).

7. Todo ello nos conduce a revisar un aspecto que debería ser precisado adecuadamente en el Proyecto; o en todo caso, en alguna modificación del RLCE, pues podría generar múltiples problemas, especialmente en lo referido a la actuación de las Entidades. El Art.13° del Reglamento de la Ley de Conciliación requiere que los apoderados que participen en la Audiencia de Conciliación cuenten con poderes que expresen literalmente las facultades de “**conciliar extrajudicialmente y disponer del derecho materia de conciliación**”, sin ningún tipo de limitación. Si bien esta disposición no es aplicable al Representante Legal de la Entidad (quien por su solo nombramiento cuenta con estas facultades), nos preguntamos qué sucedería en los casos (en nuestra opinión, bastante frecuentes) en los que el Representante Legal no pueda participar en el procedimiento conciliatorio, pues como sabemos, las Entidades del Estado no siempre son proclives a otorgar facultades conciliatorias amplias e irrestrictas a sus apoderados. De ser así, el Apoderado de la Entidad que no cuente literalmente con las facultades indicadas no podría participar en la Audiencia de Conciliación, y por tanto, se generaría la presunción legal relativa de verdad de los hechos expuestos por el Contratista, y adicionalmente, la Entidad quedaría impedida de reconvenir en el futuro arbitraje. En nuestra opinión, este pro-

blema no se presentaría en el caso de los Procuradores Públicos, pues éstos están facultados para participar en procedimientos de conciliación extrajudicial, de conformidad a lo establecido en el Art.37° inciso 1° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1068 -Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado (aprobado por Decreto Supremo N° 017-2008-JUS)⁽¹³⁾. Sin embargo, consideramos que lo más adecuado sería que el Proyecto modificatorio de la LCE despeje cualquier duda, estableciendo, por ejemplo, que la exigencia de contar con poderes que contengan literalmente la facultad de conciliar sólo será aplicable en los casos que la Entidad, previos informes sustentatorios de sus áreas competentes, considere factible la suscripción de un acuerdo conciliatorio total o parcial con el Contratista.

8. Finalmente, no podemos dejar de mencionar lo puntualizado por DERIK LATORRE BOZA, quien considera que la inclusión de la conciliación obligatoria “va en contra de la experiencia real que muestra que el Estado, por lo general, no concilia; razón por la que, salvo que se dote a las Procuradurías Públicas y a otros funcionarios de las competencias necesarias, esta “conciliación obligatoria” se constituirá en un requisito de admisibilidad o de procedibilidad para el arbitraje”⁽¹⁴⁾ (subrayado nuestro). Como se sabe, la poca proclividad de las Entidades a conciliar está dada por la posibilidad de posteriores cuestionamientos por parte de los Organos del Sistema Nacional de Control, por lo que es evidente que la factibilidad de que el Estado resuelva sus controversias contractuales en vía conciliatoria requiere de otras reformas adicionales al establecimiento de la conciliación obligatoria.

(13) Decreto Supremo N° 017-2008-JUS, Artículo 37°.- De las atribuciones y obligaciones de los Procuradores Públicos.- El Procurador Público tiene las siguientes atribuciones y obligaciones:

1. Representar al Estado y defender los intereses de la Entidad a la que representa ante los órganos jurisdiccionales y administrativos, así como ante el Ministerio Público, Policía Nacional, Tribunal Arbitral, Centro de Conciliación y otros de similar naturaleza en los que el Estado es parte.

(14) LATORRE BOZA, DERIK, ¿Perdemos una vez más la oportunidad de deshacer entuertos?. En: <http://blog.pucp.edu.pe/item/144365/perdemos-una-vez-mas-la-oportunidad-de-desfacer-entuertos>

III.2. MODIFICACIONES RESPECTO DEL ARBITRAJE

Finalmente, en lo que concierne al Arbitraje, el Proyecto plantea un conjunto de modificaciones destinadas a fortalecer la institucionalidad del Arbitraje. Las principales modificaciones que se plantean son las siguientes:

1. AUTORIZACION LEGAL PARA QUE LOS PLAZOS DE CADUCIDAD SEAN FIJADOS POR EL REGLAMENTO

1.1. La fijación del plazo de caducidad ha sido un problema recurrente en la normativa de Contratación Estatal, que no fue solucionado por el Decreto Legislativo N° 1017. Este problema está dado principalmente por el hecho de que la Ley establece un único plazo de caducidad para todas las pretensiones que surjan después de la suscripción del Contrato, permitiendo que éstas sean planteadas en cualquier momento anterior a la culminación del Contrato. En cambio, el Reglamento establece plazos de caducidad distintos al fijado por la Ley, para determinadas pretensiones (resolución contractual, ampliaciones del plazo, entre otras). Es más, algunos estudiosos han cuestionado el hecho de que los plazos de caducidad sean fijados por norma reglamentaria, pues entienden que el plazo de caducidad sólo podría ser fijado por una norma con rango de ley.

1.2 En cuanto a este tema, el Proyecto mantiene el plazo de caducidad establecido en el Art.52° de la LCE, disponiendo que la conciliación previa al arbitraje **“debe solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato”**. Sin embargo, la innovación radica en que ahora la Ley permitirá, de manera expresa, que los plazos de caducidad y la forma de computarlos sean determinados

por el Reglamento de la LCE. Bajo este criterio, las pretensiones cuyo plazo de caducidad puede ser fijado por el Reglamento, serán las siguientes:

- a) Nulidad de Contrato.
- b) Resolución de Contrato.
- c) Ampliación de plazo contractual.
- d) Recepción y conformidad de la prestación.
- e) Valorizaciones o metrados.
- f) Liquidación del contrato y pago.

1.3. Desde nuestro punto de vista, la autorización legal para que el Reglamento fije los plazos de caducidad guarda semejanzas con la autorización contenida en el Art.230° inciso 4° de la LPAG, que permite que una norma con rango de ley autorice la tipificación de infracciones a través de una norma reglamentaria. Por tanto, el objetivo de esta norma sería convalidar los plazos de caducidad actualmente fijados por el RLCE.

2. ARBITRAJE INSTITUCIONAL A CARGO DEL OSCE, A FALTA DE ACUERDO ENTRE LAS PARTES

2.1. El Proyecto también señala que: **“en el caso que el convenio arbitral establezca que el arbitraje es institucional, y no se haga referencia a una institución arbitral determinada, se entenderá que el arbitraje se rige bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE de acuerdo a su Reglamento”**.

2.2. Encontramos aquí una prescripción que se aparta de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071 - Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, el cual establece en su Art.7°, inciso 3°, que **“en caso de falta de**

designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es ad hoc”. En este sentido, es evidente que el objetivo es reducir la cantidad de arbitrajes ad hoc e incrementar el número de arbitrajes institucionales que serían administrados por el OSCE, pues como lo señala la Exposición de Motivos, “debe propiciarse que el arbitraje institucional sea el que predomine para la resolución de controversias que surjan en la ejecución de contratos suscritos bajo la normativa de contrataciones del Estado”⁽¹⁵⁾.

3. NOTIFICACION DEL LAUDO A TRAVES DEL SEACE, COMO REQUISITO PARA SU VALIDEZ

3.1. El Proyecto modifica el Art.52º, indicando que:

“El laudo arbitral de derecho es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiendo ser notificado a través de del SEACE como requisito de validez”.

3.2. Entendemos que la finalidad de esta modificación es incentivar la publicidad de los laudos arbitrales. Sin embargo, el Proyecto (o en todo caso, la norma reglamentaria), debería precisar algunos puntos que permitan una adecuada aplicación de la normativa. Debería señalarse, por ejemplo, si la notificación del laudo en el SEACE será la única válida, o si constituye una notificación adicional a la que se efectúe en el domicilio de las partes. Debería precisarse también quién es el responsable de efectuar la notificación a

través del SEACE (¿el OSCE?, ¿la Secretaría Arbitral?), y cuál sería el plazo para que se efectúe la misma. Téngase en cuenta que la emisión y notificación oportunas son un requisito de validez del laudo arbitral⁽¹⁶⁾, y por tanto, es necesario que la notificación a través del SEACE sea debidamente reglamentada, previendo los supuestos en los que la notificación demore por causas no imputables al Tribunal ni a la Secretaría Arbitral.

4. AMPLIACION DE LA POTESTAD SANCIONADORA DEL OSCE RESPECTO DE LOS ARBITROS

4.1. Como se sabe, el ejercicio de la Potestad Sancionadora de las Entidades de la Administración Pública se rige por el Principio de Legalidad, en virtud del cual “sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad”.

4.2. Bajo esta premisa, la LCE vigente, en su Art.52º establece dos supuestos en los que el OSCE puede ejercer la potestad sancionadora respecto de los árbitros:

a) Si el Tribunal Arbitral, o el Arbitro Unico, no cumplen con remitir el laudo al OSCE, dentro del plazo establecido por el Reglamento. En este caso, el Tribunal de Contrataciones del Estado es competente para imponer sanciones económicas a los árbitros que incumplan esta obligación; las que pueden oscilar en

(15) Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 274/2011-PE, Numeral II.2.2.

(16) Decreto Legislativo N° 1071, Art.63º.- Causales de Anulación.-

1. El laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicite la anulación alegue y pruebe: (...) g) Que la controversia haya sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral o establecido por el tribunal arbitral.

tre 01 y 04 UIT, según lo establece el Art.238° del RLCE⁽¹⁷⁾.

b) Si el árbitro no cumple con su Deber de Información, respecto de las circunstancias que le impidan ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía. En este caso, ni la LCE ni su Reglamento establecen sanción alguna en caso de incumplimiento.

4.3. Al respecto, el Proyecto ha procurado dotar de mayor firmeza y seguridad jurídica a la Potestad Sancionadora del OSCE respecto de los árbitros. En este sentido, se modifica el Art.58° inciso j) de la norma vigente, con la finalidad de incluir expresamente la Potestad Sancionadora del OSCE respecto de los árbitros (véase Art.58° inciso k) del Proyecto)⁽¹⁸⁾. Asimismo, en el Art.51.1°, literal m), se han tipificado las infracciones en las que pueden incurrir los árbitros; las que son las siguientes:

a) Incumplimiento del Deber de Información respecto de las circunstancias que impidan al árbitro ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía.

b) Incumplimiento del deber de garantizar el cumplimiento del Principio de Transparencia.

c) Resolver apartándose del orden de prelación previsto en el artículo 52° de la Ley para la

aplicación de las normas, sin sustentar los motivos de su apartamiento.

d) Infracción del Código de Ética para el arbitraje en las Contrataciones del Estado del OSCE.

4.4. De las 04 infracciones reseñadas, consideramos que la referida al “Incumplimiento del deber de garantizar el cumplimiento del Principio de Transparencia” debería ser precisada en forma adecuada por el RLCE, pues de lo contrario, infringiría el Principio de Tipicidad, debido a que su formulación es sumamente amplia y ambigua. Como lo indica el Proyecto, **“con esta medida se pretende revertir la situación actual de incumplimiento en el que incurrir los árbitros de remitir los laudos que emiten al OSCE. Así tenemos que, entre 2003 y el 2010, el Consejo Superior de Contrataciones del Estado - CON-SUCODE en su oportunidad y ahora el OSCE, han recibido, en promedio, ciento setenta (170) laudos al año. En el ejercicio anterior, el total de los laudos remitidos a OSCE suman trescientos setenta y dos (372). Si tenemos en cuenta que, al año, se realizan aproximadamente alrededor de 100,000 transacciones en el mercado de las compras públicas, se verifica la necesidad de revertir esta situación de incumplimiento, con el propósito de publicitar y transparentar el contenido de los laudos, a través de su sistematización y discusión abierta promovida por el OSCE”**. Por tanto,

(17) RLCE, Artículo 238°.- Causal de imposición de sanción a árbitros en materia de contratación pública.- El Tribunal impondrá sanción económica, de conformidad con lo establecido en el artículo 52° de la Ley, a los árbitros, sea que hayan actuado como árbitro único o tribunal arbitral, cuando incumplan, injustificadamente, con remitir el laudo correspondiente al OSCE dentro del plazo señalado en el artículo 231°.

Cuando se considere que existe responsabilidad por parte de los árbitros, de conformidad con lo señalado en el párrafo anterior, se deberá remitir al Tribunal todos los actuados, incluyendo un informe en el cual se indique el citado incumplimiento en que habrían incurrido los árbitros, en un plazo que no excederá de diez (10) días hábiles, contados a partir de la detección de la omisión.

El Tribunal evaluará los actuados y, de concluir que asiste responsabilidad, sancionará económicamente a los árbitros con una multa no menor de una (1) ni mayor de cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias vigente.

La graduación de la sanción se sujetará a los criterios establecidos en el artículo 245° en lo que corresponda.

El OSCE puede exigir, además, coactivamente el pago de la multa, de conformidad con el artículo 59° de la Ley.

(18) Proyecto de Ley N° 274/2011-PE, Artículo 58°.- Funciones.- El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE tiene las siguientes funciones:

k. Imponer sanciones a los proveedores que contravengan las disposiciones de esta norma, su Reglamento y normas complementarias, así como a los árbitros en los casos previstos en la presente norma.

si este es el objetivo, debería consignarse de manera expresa, que la infracción consiste en no remitir el laudo al OSCE o en no notificar el mismo a través del SEACE. De esta forma, la norma estaría mejor orientada al cumplimiento de su objetivo.

4.5. En cuanto a la infracción consistente en “Resolver apartándose del orden de prelación previsto en el artículo 52° de la Ley para la aplicación de las normas, sin sustentar los motivos de su apartamiento”, debe tenerse en cuenta que el Art.52° de la LCE señala que: **“El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho”**. Por tanto, somos de la opinión que el único caso en el cual los árbitros podrían apartarse del orden de prelación previsto en la LCE sería cuando la norma aplicable sea incompatible con la Constitución, y por tanto, su aplicación al caso concreto sería inconstitucional.

4.6. Adicionalmente, el Proyecto cumple con el Principio de Legalidad, pues establece en su Art.51.2., literal d), que las sanciones aplicables a los árbitros serán las siguientes:

- a) Suspensión temporal.
- b) Inhabilitación permanente para ejercer el cargo de arbitro, para resolver controversias que se produzcan dentro del marco de la presente Ley y su Reglamento.
- c) Separación definitiva del Registro de Arbitros del OSCE, en caso se encuentre inscrito en el mismo.

4.7. Una vez más corresponderá al Reglamento establecer la graduación de estas sanciones, y contemplar el supuesto en el que el árbitro sancionado no esté inscrito en el Registro de OSCE. En ese caso, la sanción concordante con

la separación del Registro sería la imposibilidad de inscribirse en el mismo.

5. CAUSALES DE NULIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO, QUE PUEDEN DECLARARSE EN VIA ARBITRAL

5.1. El Art.56° establece que el Tribunal Arbitral o el Arbitro Unico podrán declarar la nulidad del Contrato Administrativo por las causales establecidas en dicha norma y su Reglamento, y por las causales establecidas en el Derecho Público aplicable.

5.2. Al respecto, el Proyecto establece que la declaración de nulidad en sede arbitral podrá sustentarse en las causales establecidas en el Derecho Nacional, con lo cual se abre la posibilidad de declaraciones de nulidad sustentadas en las causales previstas en el Derecho Privado, las cuales son, por antonomasia, las causales de nulidad del Acto Jurídico. Adicionalmente, la norma ha previsto una nueva causal de nulidad contractual de oficio, que se configurará **“cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente norma, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumirán responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad contratante, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato”**.

IV. PALABRAS FINALES

Como toda obra humana, no dudamos que la LCE es perfectible, y que la práctica definitivamente nos da luces que permitirán su perfeccionamiento constante. Sin embargo, el proceso de modificación normativa requiere de un lapso de tiempo adecuado que permita aquilatar debidamente el impacto de las modificaciones que se plantean, optimizar su redacción, de modo que esta sea clara, suficiente y coherente con sus fines y objetivos. Nuestro propósito, con el presente ensayo, ha sido contribuir a ese objetivo.

Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia

RAE
JURISPRUDENCIA

LIBROS BIBLIOTECA "Manual del Litigante"



Derecho Tributario
Derecho Laboral
Derecho Procesal Civil
Derecho Procesal Penal
Derecho Constitucional

Informes y ventas:
Teléfono: 710 7101

Email: publicaciones@caballero Bustamante.com.pe